

Id Cendoj: 28079120012009101235  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 1031/2009  
 Nº de Resolución: 1278/2009  
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
 Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE  
 Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

Estafa. Principio acusatorio. Introducción de hechos relevantes en el relato fáctico de las acusaciones. Doctrina de la Sala. Inexistencia de los requisitos de la estafa. No hay relación de causalidad entre el anterior desplazamiento patrimonial y la entrega del pagaré como pago.

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil nueve

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Rafael**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, que condenó al acusado, por un delito **estafa**; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Jiménez Torrecillas.

### I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 1 de Berja, incoó Diligencias Previas con el número 296 de 2007, contra Rafael, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, cuya Sección Segunda, con fecha 15 de enero de 2.009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

*HECHOS PROBADOS: En enero de 2007 el acusado Luis Carlos, mayor de edad, sin antecedentes penales y administrador único de la mercantil "Montaraz Promueve S.L", entregó a un tercero, que aquí no se enjuicia, un pagaré de dicha empresa firmado por él mismo y expedido al portador por un valor nominal de 2.800 euros, contra la cuenta de la entidad Bankinter y a sabiendas de que carecía de fondos, con la finalidad de que aquel tercero procediese al pago de unos materiales de construcción que había adquirido en las instalaciones de la mercantil "Mellado materiales de construcción S.L", sita en la localidad de Adra de la que es administrador D. Alfonso, creando así una apariencia de solvencia que no existía y facilitando incluso el suministro de más materiales, sin que hasta el día de la fecha se haya podido cobrar el importe de aquél pagaré.*

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

*FALLO: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Rafael, como autor de un delito de ESTAFA, ya definido, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la mitad de las costas, y a que indemnice a Mellado Materiales de Construcción S.L en 2.856 Euros.*

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Rafael, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.-** La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE

CASACION.

*PRIMERO* .- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por indebida aplicación del *art. 248 CP* .

*SEGUNDO* .- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* . en concreto el derecho a la presunción de inocencia.

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recursos interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día nueve de diciembre de dos mil nueve.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Rafael

**PRIMERO:** Articula el recurrente dos motivos: **el primero, por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 248 CP, y el segundo por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del art. 5.4 LOPJ. que subdivide en dos apartados: vulneración del principio acusatorio y vulneración de la presunción de inocencia** . Procede, por estrictas razones metodológicas, el análisis prioritario de la primera infracción constitucional denunciada -principio acusatorio- para estudiar, seguidamente y de forma conjunta la vulneración de la presunción de inocencia e infracción del delito 248 CP.

Siendo así entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra -dice la STC. 60/2008 de 26.5 - la de que nadie puede ser condenado por *cosa distinta* de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum* , sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril ) .

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC. 40/2004 de 22.3, 183/2005 de 4.7 ). Además este Tribunal ha afirmado que con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4 ).

En similar sentido las SSTC. 34/2009 de 9.2, 143/2009 de 15.6 , precisan que "al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tengo conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC. 12/81 de 10.4, 95/95 de 19.6, 302/2000 de 11.9 ). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan.

Se ha señalado también que a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (STC. 87/2001 de 2.4 ). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados (SSTC. 36/96 de 11.3, 33/2003 de 13.2, 299/2006 de 23.10, 347/2006 de 11.12 ).

Esta Sala Segunda tiene asimismo declarado (SSTS. 609/2002 de 10.10, 368/2007 de 9.5, 279/2007 de 11.4, 922/2009 de 30.9) que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el

acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97 ). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que "el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse "(S.T.S. 7/12/96 ); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (S.T.S. 15/7/91 ). "los hechos básicos de la acusación constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95 ). En suma, como se precisa en s. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculcado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado". En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal con una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero ). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -s. 44/83 de 24 de mayo- Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan -SS 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86, 21/4/87 Y 3/3/89 , teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpativas S.S.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio , entre otras.

La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, SS. 15/3/97 y 12/4/99 , entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser *completo* (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y *específico* (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) *pero no exhaustivo*, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (S.T.S. 4/3/99 ).

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos

episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o substancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado.

**SEGUNDO:** En el caso presente se denuncia en el motivo la vulneración del principio acusatorio al haberse introducido en el relato fáctico un último apartado, cual es "creando así una apariencia de solvencia que no existía y facilitando **incluso el suministro de más materiales, sin que hasta el día de la fecha se haya podido cobrar el importe de aquel pagaré**".

Queja que debe merecer favorable acogida. En los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular no se contenía referencia alguna a este suministro posterior de materiales, e incluso en el relato fáctico se omiten datos tan relevantes como las fechas de esos suministros, persona que los retiró, si fue el hoy recurrente o aquel tercero que aquí no se enjuicia, y sus importes -ni siquiera si fueron o no abonados-. Consecuentemente se ha vulnerado el principio acusatorio y el de defensa al introducir un hecho, de indudable relevancia en orden a la existencia de los elementos típicos del delito de estafa, del que el acusado no tuvo conocimiento previo, ni pudo, por tanto, defenderse, articulando la prueba de descargo correspondiente.

El motivo, por lo expuesto, deberá ser estimado.

**TERCERO: El motivo primero por infracción del art. 248 CP .** cuestiona que del relato fáctico se desprendan los elementos típicos de la estafa, pro cuanto no hubo engaño antecedente o coetáneo al desplazamiento patrimonial, dado que la finalidad del libramiento del pagaré por el recurrente era para que un tercero procediese al pago de unos materiales de construcción que ya había adquirido. Asimismo no hubo engaño bastante ni animo de lucro en el recurrente, dado que el desplazamiento patrimonial efectuado por el sujeto pasivo se produjo a favor de aquel tercero que fue quien obtuvo el enriquecimiento ilícito y no el acusado.

Debemos recordar como esta Sala, SSTs. 1469/2000 de 29.9, 1362/2003 de 22.10, 564/2007 de 25.6, 672/2009 de 25.6, 977/2009 de 22.10, tiene declarado que el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La doctrina de esta Sala (Sentencia 17 de noviembre de 1999 y Sentencia de 26 de junio de 2000, núm. 634/2000 , entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actué como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

Por ello, como decíamos en la STS. 16.10.2007 , procede en sede teórica recordar la distinción entre dolo civil y el dolo penal. La STS. 17.11.97 , indica que: "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar **todo incumplimiento contractual**, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles..." En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "**sanción**" existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira.

Consecuentemente esta modalidad de estafa, aparece -vid STS. 1998/2001 de 29.10 - cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo

los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SS.T.S. de 12 de mayo de 1.998, 2 de marzo y 2 de noviembre de 2.000 , entre otras).

De otra manera, como dice la STS. 628/2005 de 13.5 : "Por tanto, para que concurra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación.

Al respeto, existe abundantísima jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse (por todas SSTs 580/2000, de 19 de mayo y 1012/2000, de 5 de junio ).

Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un "dolo subsequens" que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, *el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño*, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. *Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa* (STS 8.5.96 ).

Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe -S. 1045/94 de 13.5 -. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce *cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte*, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual (sentencias por todas de 16.8.91, 24.3.92, 5.3.93 y 16.7.96 ).

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo "subsequens", sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

En definitiva, esta Sala ha considerado que el engaño consiste en afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado. Además la Sala ha establecido en múltiples precedentes que configura el engaño típico la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones que se asumen, cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no será posible. En ocasiones -precisa la STS. 1341/2005 de 18.11 - se designa a esta hipótesis como "negocio criminalizado", terminología que no es la más recomendable, pues todo negocio jurídico en el que se logra mediante engaño una disposición patrimonial del sujeto pasivo es constitutivo del delito de estafa. Dicho de otra manera la Ley penal no criminaliza en el tipo penal de la estafa ningún negocio jurídico, sino un delito.

**CUARTO:** Asimismo en el supuesto analizado hemos de partir de que el relato de hechos probados es la exteriorización del juicio de certeza alcanzado por la Sala sentenciadora y en él deben constar -nos dice la STS. 14.11.2002 -, todos los elementos de conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluso los de carácter subjetivo, pues lo que se enjuicia es una conducta humana compuesta de aspectos objetivos y subjetivos, sin perjuicio de los razonamientos que, en los fundamentos jurídicos, han de dedicarse a explicar porqué razones se declaran probados unos y otros (STS. 1570/2004 de 30.12 ).

Por ello, la sentencia penal debe contener además del encabezamiento y fallo, la redacción de unos hechos probados, claros y precisos, y una fundamentación, respecto de la que la jurisprudencia ha destacado una doble exigencia, una motivación sobre la prueba, la valoración de la prueba y otra sobre la subsunción, respecto de los elementos necesarios para el fallo. Esa estructura de la sentencia no es artificiosa ni innecesaria, se trata de una estructura especialmente dispuesta para asegurar las posibilidades de impugnación distinguiendo lo fáctico de lo jurídico y la valoración de la prueba, constituyendo el silogismo judicial en el que partiendo de una base fáctica, se procede a una explicación de la convicción judicial por la que se llega al relato probado, y una motivación sobre la subsunción de los hechos probados.

Ahora bien esta Sala (SSTS. 995/2004 de 23.7, 1369/2003 de 23.7, 1905/2002 de 19.11 ), viene admitiendo que en ocasiones los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones que complementen el hecho probado, -aunque también ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, y en todo habrá de permitirse que tales declaraciones fácticas puedan ser impugnadas por la vía del *art. 849.2 LECrim* . o por la del *art. 24 CE* . en relación con el *art. 5.4 LOPJ* .- de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales.

De acuerdo con estas consideraciones, lo que no será posible es que en una sentencia se contengan unos hechos en el espacio destinado al relato fáctico y otros diferentes e incluso contradictorios en la fundamentación jurídica, pues en esos casos no resulta posible saber cuáles son los hechos completos que, en definitiva, ha estimado el Tribunal que quedaban probados, lo que impide consecuentemente, el control, la interpretación y aplicación de las normas sustantivas procedentes (STS. 23.7.2004 ).

**QUINTO:** Pues bien en el relato histórico se consigna como probado que: " *En enero de 2007 el acusado Luis Carlos , mayor de edad, sin antecedentes penales y administrador único de la mercantil " Montaraz Promueve S.L " , entregó a un tercero, que aquí no se enjuicia, un pagaré de dicha empresa firmado por él mismo y expedido al portador por un valor nominal de 2.800 euros, contra la cuenta de la entidad Bankinter y a sabiendas de que carecía de fondos, con la finalidad de que aquel tercero procediese al pago de unos materiales de construcción que había adquirido en las instalaciones de la mercantil " Mellado materiales de construcción S.L", sita en la localidad de Adra de la que es administrador D. Alfonso "*

El anterior factum no puede ser subsumido en el *art. 248 CP* . al no concurrir los elementos típicos del delito de estafa.

En efecto, aun cuando en relación al animo de lucro no es necesario que concurra en el sujeto activo, por cuanto el beneficio patrimonial pudo ser para sí mismo o para un tercero, no siendo preciso un lucro propio al bastar que sea para beneficiar a un tercero (SSTS. 629/2002 de 13.3, 238/2003 de 12.2, 348/2003 de 12.3 ), resulta evidente que cuando el pagaré fue librado por el acusado el desplazamiento patrimonial a favor de ese tercero ya se había producido con anterioridad, por lo que aunque se admita ese conocimiento de la carencia de fondos, no existiría la necesaria relación de causalidad entre el engaño que propicia el error y el perjuicio ya producido, siendo, en todo caso, un engaño sobrevenido y no coetáneo a dicho desplazamiento.

Es cierto que en la fundamentación jurídica se razona -en forma en cierto modo contradictorio- la comisión del delito de estafa en que el acusado **entregó un documento mercantil con la finalidad de aparentar una solvencia económica inexistente originando un engaño al vendedor de los materiales que le llevó a aceptarlo como medio de pago y consumir la entrega de las mercancías vendidas, incorporando incluso más materiales al portador del pagaré**", pero ni se hace referencia a la existencia de un acuerdo previo entre el recurrente, librador del pagaré, y el tercero no enjuiciado para conseguir esa entrega previa de los materiales, ni a los motivos por los que no acepta la versión del acusado en el sentido de que ese tercero le pidió como favor el pagaré, con el compromiso de que a la fecha de su vencimiento ese tercero abonaría su importe, pero que él desconocía el origen de la deuda ya contraída y las relaciones de ese tercero con la entidad mercantil denunciante.

Siendo así se ha incumplido por el Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva.

De esta manera la motivación de las sentencias constituye esa consecuencia necesaria de la función

judicial y de su vinculación a la Ley, permite conocer las pruebas en virtud de las cuales se condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y, finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Pro ello, cuando se trata de la llamada motivación fáctica esta Sala STS. 32/2000 de 19.1, recuerda que la sentencia debe exponer cual o cuales son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y de que el Tribunal de casación pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico.

A) La cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 CE*), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (*art. 24.2 CE*). El Tribunal Constitucional ha reiterado que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio. Como se afirma en la STC. 145/2005 de 6.6, existe una "intima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no solo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a este supuesto, en los supuestos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC. 189/98 de 28.9, FJ.2, 120/99 de 28.6 FJ. 249/2000 de 30.10 FJ.3, 155/2002 de 22.7 FJ. 7, 209/2002 de 11.11 FJ.3, 163/2004 de 4.10 FJ.9).

B) Una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la Sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6, FJ.5, para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el *art. 24.2 CE*. y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

De ahí que puede afirmarse que por exigencias del modelo cognitivo constitucional la motivación fáctica, adquiere, al menos, la misma centralidad que previamente tenía la motivación en derecho.

El incumplimiento de dicho deber o su cumplimiento defectuoso ya no solo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolución del inculcado (SSTC 5/2000, 139/2000, 149/2000, 202/2000). Situación que sería la existente en los presentes autos en los que la Sala de instancia no razona ni motiva qué pruebas le llevan a considerar existente ese engaño previo, determinante del desplazamiento patrimonial posterior.

**SEXTO:** En consecuencia, el motivo deberá ser estimado, dictándose nueva sentencia absolviendo al acusado del delito de estafa por el que había sido condenado, con declaración de oficio costas del recurso. *art. 901 LECrim*.

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Rafael**, contra sentencia de 15 de enero de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, en causa seguida contra el mismo, por delito de estafa, y en su virtud, casamos y anulamos referida resolución, dictándose nueva sentencia más acorde a derecho, con declaración de oficio costas recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar D. Julian Sanchez Melgar D. Miguel Colmenero Menendez de Lurca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Siro Francisco Garcia**



Perez

## **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil nueve

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Berja, y fallada posteriormente por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería; y que fue seguida por delito de estafa, contra Rafael , provisto de DNI. NUM000 , hijo de Diego y de Aurora, nacido el día 1.1.1965, natural de Adra (Almería), cuya solvencia no consta, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

### **I. ANTECEDENTES**

Se aceptan los de la sentencia recurrida, eliminándose de los hechos probados la expresión "creando así una apariencia de solvencia que no existía, facilitando incluso el suministro de más materiales".

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Unico.-** Dando por reproducidos los fundamentos de la sentencia precedente, los hechos probados no pueden ser subsumidos en el delito de estafa, *art. 248 CP* , al no concurrir los elementos típicos, procediendo la absolución de Rafael .

### **III. FALLO**

Debemos absolver y absolvemos a Rafael del delito de estafa por el que había sido condenado con declaración de oficio costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar D. Julian Sanchez Melgar D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Siro Francisco Garcia Perez

**PUBLICACIÓN .-** Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.